

债法总论

陈华彬 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

债法总论

陈华彬
著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

债法总论 / 陈华彬著. —北京:中国法制出版社,2012.5

ISBN 978-7-5093-3693-9

I. ①债… II. ①陈… III. ①债权法-研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第073398号

策划编辑 陈晟(legalcc@163.com)

封面设计 周黎明

债法总论

ZHAIFA ZONGLUN

著者/陈华彬

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/640×960毫米 16

版次/2012年5月第1版

印张/19.75 字数/323千

2012年5月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-3693-9

定价:56.00元

北京西单横二条2号 邮政编码100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfsz.com>

编辑部电话:66066620

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

目 录

第一章 债法总论概要	(1)
第一节 债的意义与性质	(1)
一、债的意义	(1)
二、债的性质	(8)
第二节 债权的意义与性质	(10)
一、债权的概念	(10)
二、债权的性质	(21)
第三节 债务	(22)
一、债务的含义厘定	(22)
二、债务与责任	(23)
三、债务与诉权	(28)
第四节 债法的名称、法源、债法总则的总则性、抽象性与债法的 特质(特色、性质)	(28)
一、债法的名称	(28)
二、债法的法源	(29)
三、债法总则的总则性、抽象性及其问题	(31)
四、债法的特质(特色、性质)	(33)
第五节 债法总论的其他问题	(35)
一、中国民法典的制定与债法总论	(35)
二、社会生活中的债法总论	(35)
三、债法的国际化、统一化及现代化趋势	(36)

第二章 债的发生原因与债的标的	(39)
第一节 债的发生原因	(39)
第二节 债的标的	(41)
一、债的标的概要	(41)
二、债的标的的要件	(42)
第三章 债的类型	(46)
第一节 概要	(46)
一、债的类型的多样性	(46)
二、债的的分类的视角	(47)
第二节 债的分类	(49)
一、依发生原因的分类	(49)
二、依给付的内容的差异的分类	(49)
三、依给付可否选择的分类	(64)
四、依主体人数的单一和多数的分类	(69)
五、依给付是否可分的分类	(69)
六、依债权债务可否分为份额的分类	(69)
七、依两债之间的主从关系的分类	(70)
八、保证之债	(70)
第四章 债的关系的发生	(71)
第一节 概要	(71)
第二节 因合同(契约)所生的债的关系	(72)
一、合同(契约)之债于民法典债编上的地位	(73)
二、合同(契约)自由原则及其限制	(73)
三、合同的成立	(77)
四、引起合同之债的要约、承诺的特殊形式	(79)
第三节 因侵权行为所生的债的关系	(81)
一、概要	(81)
二、侵权行为之债的归责原则	(82)
第四节 无因管理	(82)
一、概要	(82)

二、真正无因管理与不真正无因管理	(83)
三、无因管理的构成要件	(84)
四、无因管理的效力	(88)
第五节 不当得利	(92)
一、不当得利的含义、立法例及性质	(92)
二、不当得利的构成(成立)条件	(93)
三、不当得利的主要类型	(93)
四、不当得利的效力	(94)
第六节 单方允诺	(94)
第七节 缔约过失	(95)
一、概要	(95)
二、缔约过失责任与相关制度的区别	(96)
三、缔约过失责任的构成	(97)
第五章 债的效力	(98)
第一节 债的效力的含义与基本概要	(98)
第二节 债权的效力概要	(99)
一、债权的效力的含义	(99)
二、完全债权的效力	(100)
三、不完全债权的效力	(107)
四、债务与责任	(112)
五、债权的具体的功能	(113)
六、从对不履行的救济这一视点看债权的效力	(114)
第三节 债权在当事人之间的效力:强制履行	(115)
一、强制履行的含义、理念及沿革	(115)
二、我国现行法及最高人民法院的“司法解释”、“批复”、“通知” 等对有关债权的强制履行(或强制执行)的规定	(116)
三、强制履行的三种方法	(118)
四、各种债权的强制履行的方法	(120)
五、强制履行在法律体系上的地位	(125)
第四节 债务的效力	(126)
第五节 不真正义务的效力	(127)

第六章 债的履行与不履行的效力	(129)
第一节 债的履行及其原则	(129)
一、债的履行概要	(129)
二、债的履行原则	(130)
三、债的履行的内容	(132)
第二节 债务不履行的含义与类型	(132)
一、基本概要	(132)
二、债务不履行的类型	(134)
三、债务不履行的四种类型分析	(135)
四、债务不履行与侵权行为	(158)
第三节 债权人迟延(受领迟延)	(159)
一、受领与受领迟延的含义	(160)
二、受领迟延与受领义务:受领迟延责任的性质的学说	(160)
三、受领迟延的构成要件	(161)
四、受领迟延的法律效果	(163)
第四节 债务不履行的损害赔偿	(165)
一、基本概要	(165)
二、关于赔偿范围的学说的展开	(167)
第五节 第三人侵害债权	(169)
一、基本概要	(169)
二、第三人侵害债权的侵权行为	(169)
三、基于债权的妨害排除请求	(172)
四、在我国法之下,债权应解释为受《侵权责任法》之保护	(173)
第七章 债务人的责任财产的保全	(174)
第一节 概要	(174)
一、债务人的责任财产与债权人平等	(174)
二、债务人的责任财产的保全的含义与性质	(176)
三、债务人的责任财产的保全的利益平衡	(177)
第二节 债权人代位权	(178)
一、基本概要	(178)

二、债权人代位权的成立要件	(183)
三、债权人代位权的行使	(186)
四、债权人代位权的法律效果(效力)	(188)
第三节 债权人撤销权	(190)
一、基本概要	(190)
二、债权人撤销权的沿革与性质	(193)
三、债权人撤销权的成立要件	(198)
四、债权人撤销权的行使	(202)
五、债权人撤销权的法律效果(效力)	(205)
第八章 多数人之债	(207)
第一节 多数人之债的含义与多数当事人的债之关系产生的问题	(207)
一、多数人之债的含义	(207)
二、多数当事人的债之关系产生的问题	(207)
第二节 多数人之债的种类	(209)
一、基本概要	(209)
二、二个视点	(209)
第三节 可分之债与不可分之债	(211)
一、可分之债	(212)
二、不可分之债	(214)
第四节 按份之债与连带之债	(217)
一、按份之债	(218)
二、连带之债:以连带债务为中心	(219)
三、不真正连带债务	(229)
第九章 债的担保	(232)
第一节 概要	(232)
第二节 保证(保证债务、保证责任)	(234)
一、基本概要	(234)
二、保证、保证债务、保证责任三项概念之厘定	(235)
三、保证的构造	(236)

四、对债权人、债务人的功能:与物的担保的比较	(236)
五、保证债务的性质	(237)
六、保证债务的成立要件	(239)
七、保证合同的内容	(242)
八、保证的法律效果	(244)
九、保证人、债权人不承担民事责任的情形	(249)
十、保证的消灭	(249)
十一、各种主要保证	(250)
第三节 定金	(253)
一、概要	(253)
二、定金的种类	(254)
三、定金的成立	(255)
四、定金的效力	(256)
五、定金与预付款、押金、违约金及订金的区别	(256)
第十章 债的移转	(259)
第一节 概要	(259)
一、债的移转的源起与立法成例	(259)
二、债的移转的含义	(261)
三、债的移转的原因与种类	(261)
第二节 债权让与	(262)
一、概要	(262)
二、债权让与的限制	(264)
三、债权让与的效力	(266)
第三节 债务承担	(268)
一、概要	(268)
二、引起债务承担的原因	(271)
三、债务承担的成立要件	(271)
四、债务承担的效力	(272)
第四节 合同上的地位的移转(债权债务的概括承受)	(274)
一、概要	(274)
二、合同当事人的地位的移转的要件	(274)

三、合同承受	(275)
四、法人或其他组织的合并与分立(企业的合并与分立)	(275)
五、其他法定的概括承受	(276)
六、对合同当事人的地位的移转的新理解	(276)
七、合同上的地位的概括移转(债权债务的概括承受)的效果	(277)
第十一章 债的消灭	(278)
第一节 概要	(278)
一、总说	(278)
二、债的消灭的效力	(279)
第二节 清偿	(281)
一、概要	(281)
二、代物清偿	(283)
三、债的更改	(283)
四、清偿抵充	(285)
五、清偿人得对受领清偿人请求给予受领证书	(286)
第三节 抵销	(287)
一、概要	(287)
二、抵销的要件(相抵适状、抵销适状)	(289)
三、抵销的方法	(291)
四、清偿地不同的债务的抵销	(291)
五、人身伤害的损害赔偿之债的抵销限制	(291)
六、向第三人为给付的债不得为抵销	(292)
七、抵销的效力	(292)
第四节 提存	(293)
一、提存的概念、特征及法律性质	(293)
二、提存的要件	(293)
三、提存的正当性	(294)
四、提存价金	(295)
五、提存处所及通知	(295)
六、危险负担的移转	(296)

七、提存物的领取与领取的限制	(296)
八、领取权的消灭	(297)
第五节 免除	(297)
一、免除的含义、特征及性质	(297)
二、免除的要件	(299)
三、免除的方法	(300)
四、免除的法律效果	(300)
第六节 混同	(301)
一、混同的含义、性质及原因	(301)
二、混同的法律后果	(301)
第七节 目的达到	(302)
主要参考文献	(303)
后记	(307)

第一章 债法总论概要

第一节 债的意义与性质

一、债的意义

(一)狭义的债和广义的债

债是自罗马法以来民法上一项十分重要的概念,包括狭义的债和广义的债两个方面。狭义的债(Schuldverhältnis in engeren Sinne),是指单一的、个别的债权、债务关系,或者说指个别的给付关系,自得请求给付的一方当事人而言,系为债权,自负有给付义务的一方当事人而言,则为债务^①。例如买卖之债中,出卖人有转移标的物所有权的义务,买受人享有移转标的物所有权的请求权;出卖人负有按照约定交付标的物的义务,买受人享有标的物交付请求权。分别地看,此两对债权、债务就是两个狭义的债。完成约定或者法律规定的单一债务的,即发生狭义的债的消灭^②。

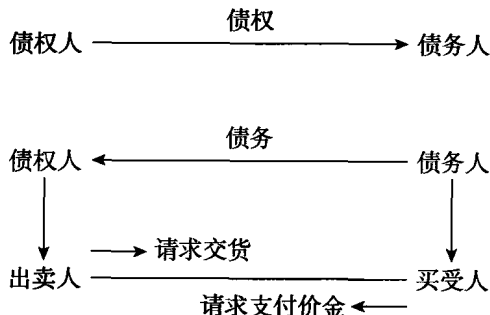
^① 王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第4页。《德国民法典》第241条第1项所称的债务关系,即为狭义上的债务关系。另外,《德国民法典》第362条第1项,向债权人履行所负担的给付的,债务关系消灭,也同样系在狭义的意义上使用债务关系。参见杜景林:《德国债法总则新论》,法律出版社2011年版,第2页。

^② 刘心稳:《债权法总论》,中国政法大学出版社2009年版,第6页。

广义的债(Schuldverhältnis in weiteren Sinne),是指包括多数债权、债务(即多数狭义的债之关系)的法律关系^①,或者说是多个债权、债务串联所形成的债。换言之,指多个狭义的债的有机综合体,或者指存在于当事人之间的整体性的权利和义务关系。《德国民法典》第2编“债务关系法”,其所指的就是广义的债务关系,即广义的债^②。

须指明的是,个别的狭义的债务履行,其他债务未履行的,不能使广义的债消灭;债权债务全部实现和履行的,广义的债方才消灭。狭义的债,是对广义的债的分割式理解或描述,在债法领域,除有特别说明外,所谓债,一般均系指广义的债^③。另外,应注意的是,广义的债是一个很复杂的架构,而如前述,这一复杂的架构主要由多数的债权或者债务(狭义的债)组成。因此,在德国法上,广义的债又被形象地称为“框架关系”(Konstante Rahmenbeziehung)或“有机体”(Organismus)等^④。

综据上述,所谓债,乃指特定人与特定人间得请求为特定行为的法律关系。得请求为特定行为的权利,为债权,享有债权的特定人,为债权人;应其请求为特定行为的义务,为债务,负担债务的特定人,为债务人。而总括债权人与债务人之间的法律关系,则曰债,即债的关系。债的标的为特定人的特定行为,其行为,或为作为,或为不作为,皆称之为给付。给付如以物为标的,也可谓为债的标的物,唯给付非必以物或权利为标的,且不以有财产上的价格者为限^⑤。于此,可将债的关系图示如下^⑥:



① 王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第4页。

② 杜景林:《德国债法总则新论》,法律出版社2011年版,第2页。

③ 刘心稳:《债权法总论》,中国政法大学出版社2009年版,第7页。

④ [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2004年版,第8页。

⑤ 董世芳:《民法概要》,三民书局印行1978年6月版,第83页。

⑥ 林诚二:《民法债编总论:体系化解说》,中国人民大学出版社2003年版,第5页。

(二) 债的意义

1. 罗马民法中债的含义

拉丁文 obligatio(债)一词来自于拉丁文的 ligare(捆绑),其基本含义是:约束和纽带,在法律意义上就是指具有法律强制性的约束和纽带,它产生于一方当事人应向另一方当事人承担的法律义务。由此,优士丁尼《法学阶梯》说:“债为法锁,据之我们有必要被强迫根据我们城邦的法偿付某物”。债是特定主体之间的权利义务关系,也就是说,债是一种只发生在债权人和债务人之间的法律约束关系。这里所称的债权人,“不仅仅是指那些借钱给他人之人,而且也是指那些接受他人基于各种原因履行义务的人”^①;这里所称的债务人,则“是指那些可以向他们索取财物、即使是违反他们的意愿也可以这样做的人”^②。

债作为特定主体之间的权利义务关系,在罗马法上是通过其法律保护方式即诉权形式反映出来的。在罗马法中,与为维护物权而提起的对物之诉(actio in rem)相对应,为维护债权而提起的诉讼被称为对人之诉(actio in personam),它只能针对债之关系中的直接当事人提起,“对人的诉讼是我们据以针对某个因契约或者私犯行为而向我们负债的人提起的诉讼,也就是说,在提起该诉讼时我们要求‘应当给、做或者履行’”^③。

在早期罗马法中,债的关系具有浓烈的人身强制性,这特别表现为:债义务是以债务人的人身作为履行保障的,不能履行清偿义务的债务人将以身偿债,沦为债权人的债务奴隶(nexi)或者处于受役状态(in causa mancipii)。往后随着《博埃得里亚法(lex Poetelia)》的出现,财产性责任措施逐渐取代了以身偿债的习惯^④。

2. 民法上债的概念不同于民间所谓的债和我国固有法上的债

在我国民间,所谓债,一般专指债务,且专指金钱债务,如借债、欠债、还债等。在我国固有法上,债的含义也甚为狭窄,范围极小。在古代,“债”、“责”通用。《正字通说》谓:“责,逋财也,俗作债”。《汉书·淮阳宪王钦传》师古注:“债,谓假贷人财物,未偿者也”。债之别意即为:

① 盖尤斯语,见 D. 50,16,11。丁玫译:《民法大全选译·契约之债与准契约之债》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 3 页。

② 莫德斯丁语,见 D. 50,16,108。丁玫译:《民法大全选译·契约之债与准契约之债》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 3 页。

③ 盖尤斯 I.4,2。黄风:《罗马私法导论》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 252 页。

④ 黄风:《罗马私法导论》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 252 页。

“假”、“贷”。我国固有法上原无统一的债法,仅在刑事法律中有债事违制的处罚。历代律令中对于债有明文规定或设专章的,滥觞于西汉《九章律》之《户律》。唐《贞观律》设钱、债律。但自汉律以来,债的观念一直未见扩大,仍仅指欠人财物^①。

我国于1929年至1930年由国民政府陆续完成《中华民国民法》之制定。在这部民法典中,我国首次建立起了与世界各国(尤其是与大陆法系的德国、日本、瑞士、法国等)相通的民法上的债的概念及其制度体系。1949年新中国成立后,我国民事立法与民间实务也都承认债的概念。至1986年《民法通则》颁布,于第5章“民事权利”的第2节“债权”中确立了明文的债的概念(第84条)。按照其规定,我国民法上的债不仅指债务,而且包括债权,表示的是债权、债务关系;其次,我国民法中的债不仅指金钱之债,而且也包括以提供劳务、移转权利、交付财物及以不为一定行为(不作为)为标的的债;再次,我国民法中的债,不仅指合同所生之债,而且还涵括侵权行为之债、无因管理之债和不当得利之债。并且在当代,债的发生原因的种类逐渐扩大,缔约上过失、单方允诺等也都成为债的发生原因,它们分别被规定于我国的《合同法》和《物权法》中。

须指出的是,包括我国民法在内的近现代和当代民法上的债的概念及其制度体系均源自于罗马法。如前述,罗马法上的债以拉丁文 *obligatio* 兼括,意为法律上的锁链。应注意的是,在英美法上,与大陆法系民法债的概念相当的是 *obligation*。所谓“*obligation*”,其有四层含义^②:其一,指“盖章金钱债务证书”,此种场合,系与 *Bond* 在同义的情形下使用;其二,指“基于书面的约束”,它包括不仅约束金钱的支付,而且也包括约束为某行为的书面;其三,指“债权债务关系”,是“法律上的权利人与义务人的全体关系的总称”;其四,指“债务”、“义务”、“责务”,但不仅限于合同上的义务。此外,在英美法上,与大陆法系债的概念相当的还有 *credit* (“基于商业信用状的债权”^③)和 *debt* (“定额金钱债务”^④)两个概念。*creditor* 称为债权人,*debtor* 称为债务人^⑤。

① 王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第1-2页。

② [日]田中英夫等编集:《英美法辞典》,东京大学出版会1991年版,第598页。

③ [日]田中英夫等编集:《英美法辞典》,东京大学出版会1991年版,第217页。

④ [日]田中英夫等编集:《英美法辞典》,东京大学出版会1991年版,第230页。

⑤ [日]田中英夫等编集:《英美法辞典》,东京大学出版会1991年版,第217页。

3. 今日的债的含义之厘定

《民法通则》第84条规定:债是按照合同的约定或者依照法律的规定,在当事人之间产生的特定的权利和义务关系,享有权利的人是债权人,负有义务的人是债务人。对此定义,须说明下列几点:

(1)债是一类法律关系的总称。前文已述,汉语中债的本义为“欠人的钱财”^①或“欠别人的钱”^②,与民法上债的意义相通而不相同^③。此外,在我国民间生活中,还有所谓“感情债”、“诗债”、“人情债”及宗教上所称的“宿债”等概念或说法,它们也与民法上债的意义相通而不相同,须予注意。

在比较法上,19世纪以来各国制定的近现代和当代民法大多未对债的定义予以厘定。例如《德国民法典》就没有对债予以定义,而是将有关债的法律规范称为“债务关系法”(Recht der Schuldverhältnisse)^④。此种立场,系《德国民法典》制定当时社会思潮偏重于债务人之保护的结果。依《民法通则》第84条的前述规定,债是根据合同或者法律规定发生的特定权利、义务关系。当从权利关系的角度而论时,即指债权关系;当从义务关系的角度而论时,则指债务关系。法律关系分为人身关系和财产关系,财产关系又分为物权关系和债权、债务关系。所有权、用益物权、担保物权乃至占有,系反映权利主体对物(有时还包括某些权利)的支配关系,由此它们均属于物权关系;而民事合同关系、侵权责任关系、无因管理关系、不当得利关系等,则为债权、债务关系,它们反映的是权利人(债权

① 《辞源》,商务印书馆1988年版,第136页。

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2005年版,第1709页。

③ 刘心稳:《债权法总论》,中国政法大学出版社2009年版,第2页。

④ [日]山田晟:《德国法概论Ⅱ》,有斐阁1987年版,第80页。须注意的是,德国的债法,涵括了无记名债权证券、指示债权及旅店经营者的责任等规定,因此与日本的债法相较,具有显著的“商化”(商业化)的特征。而且,德国早些时候对债法的修改,其联邦法务部曾委托18名学者就修改中的某些问题进行研究并提出立法、修法的提案。对此进行的研究及提出的提案,收录于德国联邦法务部发行的《为修改债法的鉴定及提案》(Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts)2卷共1880页中。学者将之简称为“鉴定书”。其中也涵括了“转账(调拨)关系”(Giroverhältnis)、“有价证券法”(Wertpapierrecht)等商法上的制度,以及“设施收容契约”(Heimvertrag)、“医疗契约”(Medizinischer Behandlungsvertrag)等现今民法上几乎没有规定的制度,和与“动产的国际买卖”有关的“给付障碍”(Leistungssörungen)的规定。但是,由于以该“鉴定书”为基础的德国全部债法的修改必须经过复杂的程序,且对该“鉴定书”中新创的这些制度应如何纳入到《德国民法典》中存在不同的认识,所以此次德国债法的修改最终无果。对此,请参见[日]山田晟:《德国法概论Ⅱ》,有斐阁1987年版,第80页。

人)请求义务人(债务人)为一定行为或不为一定行为的请求形态的关系,债就是这些法律关系的总称^①。

(2)债是义务人(债务人)特定的法律关系。在近现代和当代民法上,任何法律关系中的权利人都是特定的,但义务人却未必特定。在民法上,依法律关系性质的不同,物权关系的义务人是除物权权利人以外的天下一切不特定的任何人,物权由此被称为是权利人对天下万人的权利;而合同关系、侵权责任关系、无因管理关系、不当得利关系等中的义务人则为特定人。由此,债是义务人即债务人特定的法律关系。

(3)债是按照意思表示或基于法律的规定而发生的权利、义务的法律关系。依债的发生原因的不同,有的债基于当事人的意思表示而发生,有的债则基于法律的规定而因当事人的法律行为之外的行为而发生。由此形成“意定之债”和“法定之债”。

在意定之债中,以基于合同而产生的债权、债务关系为最多,合同由此成为民事主体之间的纽带和桥梁,近现代和当代市场经济,其实质就是经由合同的媒介而发生的物权交易、权利交易乃至利益交换;法定之债,即基于法律的规定而因当事人法律行为(意思表示)之外的行为而发生的债。在我国,有关这些债的权利、义务,系分别由《民法通则》、《侵权责任法》、《合同法》及《物权法》等具体规定。

(4)债为当事人之间的特别结合关系。如前文所述,依债的发生原因,债可分为意定之债和法定之债。唯无论是意定之债抑或法定之债,其当事人之间原来均不存在既定的法律关系,把他们结合在一起的,或者是基于彼此的信赖(意定之债),或者是国家立法政策基于对某种社会关系的特别考量(法定之债)。由于这种特别的结合,当事人之间发生了以给付为标的的权利、义务关系。在一次性给付关系中,因一次给付即可消灭债的关系,故当事人之间的结合关系较弱;而在继续性给付关系(如雇用、租赁、电、水、气、热力供应等)中,当事人之间的结合关系则较强。为避免继续性给付关系中过分限制当事人的意思和交易自由,法律通常规定其最长期限^②或者规定当事人于一定情形下享有终止继续性合同的权利^③。

① 刘心稳:《债权法总论》,中国政法大学出版社2009年版,第3页。

② 《合同法》第214条即规定:“租赁期限不得超过20年。超过20年的,超过部分无效。租赁期间届满,当事人可以续订租赁合同,但约定的租赁期限自续订之日起不得超过20年”。可见,作为继续性给付关系的租赁合同,其存续期限最长为20年。

③ 张广兴主编:《债法》,社科文献出版社2009年版,第14页。